ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF
CÂMARA PERMANENTE DE MATÉRIAS DE INTERESSE DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO - CPIFES

PARECER n. 00001/2021/CPIFES/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 00404.004161/2020-81
INTERESSADOS: UNIAO/ADVOCACIA GERAL DA UNIAO - AGU
ASSUNTOS: DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA QUE ENVOLVE O RELACIONAMENTO ENTRE INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO - IFES E FUNDAÇÕES DE APOIO. INSTRUMENTOS JURÍDICOS APTOS À FORMALIZAÇÃO DE TAL RELACIONAMENTO. LEI Nº 8.958/1994. DECRETO Nº 7.423/2010. CONSIDERAÇÕES E PONDERAÇÕES

I - As atividades das fundações de apoio, em qualquer circunstância, resumem-se à gestão administrativa e financeira dos projetos das IFES.

II - O instrumento negocial adequado para instrumentalizar a relação entre IFES e fundação de apoio, em se tratando de negócios que envolvam apenas a IFES e a fundação de apoio, é o contrato. E para as situações em que se firmam negócios jurídicos tripartites (IFES, terceiro e fundação de apoio), por se tratar de recurso captado na iniciativa privada, o instrumento é definido a partir das tratativas havidas entre a IFES e o terceiro com base na legislação vigente, uma vez que o concedente/contratante, no caso, é um ente privado, não cabendo a regulação inflexível por parte do Estado.

III - A ideia de que o instrumento contrato deve ser adotado apenas naquelas situações em que uma das partes pretende lucrar ou ter algum proveito econômico em detrimento da outra parte, criando uma situação de interesse economicamente contraposto, é uma visão já ultrapassada, mais atrelada aos doutrinadores clássicos do direito administrativo. Nesse sentido, modernamente se fala em *contratos de parceria*, a denotar situações em que as partes não firmam o negócio apenas com o intuito de lucrar economicamente uma em detrimento da outra, mas sim com o intuito de emprestar sua expertise uma à outra para a consecução de um interesse público ou coletivo, como ocorre, por exemplo, no relacionamento firmado entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP (Lei nº 9.790/1999), cujo instrumento é um contrato/termo de parceria, bem como nas relações entre o Poder Público e as Organizações Sociais - OS (Lei nº 9.637/1998), cujo instrumento é um contrato de gestão.

Exma. Srª. Diretora do DEPCONSU,

I - Do relatório

1. Trata-se de encaminhamento oriundo do Egrégio Tribunal de Contas da União - TCU no qual é facultado à Procuradoria-Geral Federal - PGF, por meio de suas câmaras permanentes das área da educação, ciência, tecnologia e inovação (CPIFES e CP-CT&I), apresentar manifestação em processo de controle em que o Tribunal busca fixar entendimentos sobre quais os instrumentos jurídicos aptos à formalização do relacionamento entre IFES e fundações de apoio.

2. Ao que consta dos autos, a matéria vem sendo conduzida no TCU por meio da SEXEC/Educação, de cujo trabalho se extrai o seguinte, *verbis*:

> "'324. Diante de todo exposto, resta claro que há diversidade de leis e normas que tratam ou de alguma forma tangenciam a relação existente entre as IFES e as fundações de apoio. Esta dispersão legislativa cria ambiente para a mal compreensão e a adoção de caminhos e interpretações distintas para situações semelhantes, no que tange aos ajustes formalizados por estas instituições.
>
> 325. Foi possível verificar a formalização de dezoito instrumentos jurídicos de naturezas diferentes, sendo que somente parte deles foi possível identificar como expressamente constante da legislação em vigor. Avalia-se como necessário que os temas tratados nestes diversos normativos, sejam eles leis, portarias interministeriais ou decretos, sejam objeto de análises e eventualmente consolidados em diploma legal que trate de forma lógica e sistêmica os ajustes possíveis de serem formalizados pelas universidades, com participação das fundações de apoio, seja diretamente, seja como interveniente.
>
> 326. Quanto a esse ponto, sabe-se que o MEC, por meio da sua Secretaria de Educação Superior vem estudando a atualização do Decreto 7.423/2010, que regulamenta a Lei das Fundações de Apoio (8.958/1994). Avalia-se que há então uma janela de oportunidade para o aperfeiçoamento dos normativos, de modo a contribuir para o sucesso das relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio.
>
> 327. Além disso, com a criação da Plataforma +Brasil, a qual o Siconv foi integrado, a gestão pública caminha no sentido de dar maior transparência, segurança, padronização, simplificação, rastreabilidade, integridade e aperfeiçoamento dos controles e da governança na utilização dos recursos federais, cabendo avaliar a inclusão dos projetos desenvolvidos pelas universidades.
>
> 328. Entretanto, em função da diversidade de possíveis ajustes passíveis de serem celebrados pelas Universidades com suas fundações de apoio, sem a definição clara de seus conceitos, características, possibilidades e limitações, torna-se inviável que a plataforma, na versão atual, abarque toda essa gama de alternativas. O sistema precisa acompanhar a evolução da legislação e ter flexibilidade para que o registro de todos os tipos de ajustes seja

> possível.
>
> 329. Também em relação a esse assunto tem-se uma janela de oportunidade consistente na previsão contida no Decreto 10.035/2019, que instituiu a plataforma +Brasil. Conforme o § 1º do art. 3º do Decreto, as transferências executadas por instrumentos não previstos no seu *caput* podem vir a ser operacionalizadas na Plataforma conforme acordo de cooperação técnica a ser celebrado entre o Ministério da Economia e o órgão ou a entidade responsável pela transferência.
>
> 330. Mais: considerando que o "sistema on-line centralizado" previsto no art. 12-A do Decreto 7.423/2010 e no art. 18 do Decreto 8.240/2010 não foi desenvolvido até hoje, estando sob responsabilidade do MCTI, com projeto sendo executado pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), que inclusive estaria realizando o mapeamento dos fluxos dos contratos e convênios formalizados com fundações de apoio, de modo a identificar os processos de operacionalização dos referidos ajustes, crê-se, em respeito aos princípios da eficiência e economicidade, que os Órgãos Superiores (MEC e MCTI) avaliem a operacionalização das avenças na +Brasil, plataforma tecnológica já mais consolidada, robusta e disponível.
>
> 331. Por fim, resta evidente a necessidade de prover capacitação aos servidores das universidades envolvidos nas tarefas de operacionalização da plataforma em função da complexidade do sistema e das normas que regem a matéria.
>
> 332. Diante de todo esse contexto e considerando a relevância estratégica que os projetos pactuados entre as IFEs e as fundações de apoio possuem nas áreas de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, acredita-se que o Tribunal deve direcionar esforços para contribuir para a melhoria da questão.
>
> 333. Nesse sentido, serão propostas recomendações ao Ministério da Educação, Órgão Superior a quem cabe orientar, apoiar e supervisionar as instituições federais de ensino (Decreto 10.195/2019), para que em conjunto com as demais instituições envolvidas avalie as informações e as análises constantes deste processo de Acompanhamento.
>
> 334. Certamente, em razão das inúmeras outras necessidades e da limitação dos recursos, bem como da prerrogativa dos gestores públicos de adotarem as medidas sob suas responsabilidades, não é pertinente exigir que as recomendações a serem expedidas sejam adotadas em curto prazo ou integralmente como propostas.
>
> 335. Ainda assim, considera-se que o Tribunal deve induzir à reflexão de todos os órgãos envolvidos na problemática, que já demandou inúmeras ações dos órgãos de controle e notoriamente envolve grandes riscos e materialidade, de modo a atuar na causa-raiz das dificuldades e tendo como objetivo principal aperfeiçoar o bom uso dos recursos e o atingimento das finalidades públicas almejadas pelos projetos.
>
> 336. Isto posto, caso sejam acatadas as recomendações, estas deverão ser monitoradas pela SecexEducação'.

3. No atual estágio da ação de controle, percebe-se que a SEXEC/Educação está a propor ao Tribunal que faça a seguinte recomendação ao Ministério da Educação, *verbis*:

> "337.1. recomendar ao Ministério da Educação, com fundamento no art. 11 da Resolução TCU 315/2020, que, considerando as informações e análises realizadas neste processo e com a finalidade de contribuir para o alcance dos objetivos estratégicos dos projetos desenvolvidos pelas Instituições Federais de Ensino e as fundações de apoio, avalie adotar as seguintes medidas:
>
> **a)** no âmbito dos trabalhos que vêm sendo realizados para a atualização do Decreto 7.423/2010, considere a possibilidade de **estabelecer, na nova norma, melhores definições, conceitos, fluxos e outros elementos, inclusive estabelecendo, se necessário, novas denominações** (v.g., "contrato fundacional", "convênio fundacional", "acordo de cooperação fundacional" ou outras) **acerca das modalidades de avenças que regem as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica com as fundações de apoio**;
>
> **b)** em relação ao mesmo procedimento, institua Grupo de Trabalho, Comitê, Comissão ou outra instância, para que, em articulação e integração com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), o Ministério da Economia, a Advocacia-Geral da União, a Controladoria-Geral da União, as instituições federais de ensino (IFEs) e de pesquisa científica e tecnológica (ICTs), as fundações de apoio e outras instituições que se julgue necessárias, com vistas **garantir a adequação e eficiência do novo Decreto às necessidades e características específicas dos projetos examinados nestes autos, levando em conta a futura possibilidade de operacionalização dos ajustes na plataforma +Brasil;**
>
> **c)** considerando os termos do art. 3º, § 1º, do Decreto 10.035/2019 e a ação que vem sendo desenvolvida nos termos do Acordo de Cooperação Técnica ACT 8/2020, firmado entre o Ministério da Economia e o MCTI, ou outro que venha a ser pactuado entre o MEC e o ME, estabeleça interlocução com os citados ministérios para ampliar o escopo do referido acordo, **de modo que as demais modalidades pactuadas com fundações de apoio possam ser internalizadas e operacionalizadas em módulos da Plataforma +Brasil,** estabelecendo metas/etapas, prazos e responsabilidades adequadas e factíveis;
>
> **d)** dada à expertise adquirida pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), que vem elaborando, em projeto coordenado pelo MCTI, o desenho, a prototipação e a documentação do modelo de negócio e dos requisitos relacionados a sistema de gestão dos convênios de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (Convênios PDI), **considere a possibilidade de que a mesma instituição amplie o escopo dos trabalhos em execução para abranger também os demais tipos de instrumentos utilizados em projetos que envolvam IFEs e ICTs com fundações de apoio;'**

4. É o breve relato. Passa-se à análise.

II - Apreciação da matéria

II.A - Aspectos gerais

5. De partida, cabe aqui parabenizar e louvar a postura adotada pelo ilustre Diretor da SECEX/Educação, Dr. Leandro Santos de Brum, o qual, ao facultar a manifestação da PGF, imprimiu à ação de controle uma robusta tonalidade democrática.

6. Seguindo em frente, é preciso salientar que a temática dos instrumentos hábeis à formalização dos relacionamentos entre IFES e fundações de apoio apresenta-se extremamente relevante, dado que impacta mais de uma centena de IFES espalhadas pelo país, sendo, a nosso sentir, o momento para superar as incertezas que circundam a matéria e trazer maior segurança jurídica às políticas executadas pelas entidades que operam e aplicam, no dia a dia, a Lei nº 8.958/1994.

7. Para tratar adequadamente da matéria que envolve os instrumentos jurídicos aptos à aplicação ao relacionamento entre IFES e fundação de apoio, é necessário esclarecer, antes, sobre o que propriamente faz uma fundação de apoio. Em outras palavras, é preciso saber, primeiro, a razão pela qual a IFES precisa de uma fundação de apoio para executar suas políticas, porque é essa razão que vai definir o tipo de objeto desse relacionamento jurídico, tipo de objeto esse que irá definir, por sua vez, a modalidade de instrumento a ser adotado para formalizar o relacionamento, o negócio jurídico. Sem que se tenha isso de modo claro, a indicação de instrumentos aptos à formalização de tal relacionamento pode chegar a resultados inapropriados ou não desejáveis.

8. Nesse sentido, antes de se avançar na análise propriamente dita dos instrumentos, tem-se por adequado tratar do objeto do relacionamento jurídico entre IFES e fundação de apoio.

II.B – Do objeto do negócio jurídico firmado entre IFES e fundações de apoio no âmbito da Lei nº 8.958/1994

9. O estudo da jurisprudência do TCU demonstra que grande parte dos problemas que envolvem o relacionamento das IFES com suas fundações de apoio estão relacionados à falta de clareza do objeto do respectivo negócio jurídico. Apesar de editado há bastante tempo (1994), o marco regulatório não é suficientemente claro quanto ao objeto do negócio jurídico que pode ser acordado, pelo que o papel desempenhado pelas fundações de apoio ainda se encontra envolto em razoável grau de obscuridade.

10. Nesse sentido, se o marco legal não é claro quanto ao objeto que pode ser contratado, e se a jurisprudência do TCU até então produzida também não logrou esclarecer adequadamente esse objeto, não resta dúvida quanto ao caos que a aplicação da Lei nº 8.958/94, mesmo após as reformas de 2010 e 2013, tem gerado no fluxo de procedimentos administrativos levados a efeito pelas IFES, exigindo dos órgãos competentes, pois, a tomada de posição com vistas a trazer balizas mais seguras tanto para os gestores das IFES quanto para os demais operadores que atuam com essa temática em seus respectivos órgãos de execução.

11. Com efeito, a correta definição do objeto de um contrato ou de um convênio constitui matéria de especialíssimo relevo para a ação administrativa a ser desenvolvida, podendo sua deficiência, inclusive, acarretar a nulidade dos procedimentos e toda sorte de efeitos colaterais, inclusive para os agentes públicos envolvidos. A análise conjugada dos artigos 6º, IX, 7º, § 6º, 55, I, e 116, todos da Lei nº 8.666/93, bem demonstra essa assertiva, razão pela qual o objeto do negócio jurídico a ser firmado pelas IFES junto às fundações de apoio deve ser tratado como requisito de primeira grandeza no que concerne à aplicação da Lei nº 8.958/94.

12. Mas para entender o objeto do negócio jurídico sob exame é preciso identificar, primeiro, o que leva uma IFES ou ICT a buscar os préstimos de uma fundação de apoio para poder executar suas atividades finalísticas, que giram, como se extrai do art. 207 da Constituição, em torno de ações de ensino, de pesquisa e de extensão.

13. Em outras palavras, para entender adequadamente o objeto do negócio jurídico (contrato ou convênio), é preciso ter em mente a **<u>necessidade da IFES</u>**, ou melhor, o que a move nesse intento, bem como **<u>o que ela visa a atender ou suprir</u>** com a realização do negócio jurídico. Sem essa compreensão, impossível a fixação dos contornos jurídicos do objeto do referido negócio jurídico.

14. E para identificar a necessidade da IFES quando busca firmar relacionamentos com uma fundação de apoio, é imprescindível considerar que a IFES tem dois fluxos de ações de ensino, de pesquisa e de extensão.

15. Um deles é contínuo, já integrado ou absorvível por seus processos regulares de gestão. Já o outro é descontínuo, o qual não se integra aos seus processos regulares de gestão, vez que são ações que já nascem com uma data predeterminada para acabar.

16. Para atender à sua demanda de serviços contínuos, a IFES tem uma estrutura física e de recursos humanos permanentes. É dizer, tem prédios, tem equipamentos, tem laboratórios, tem servidores (técnicos e docentes) concursados. E sempre que essa estrutura permanente tem necessidade de crescer, isso se faz pelos processos normais de planejamento aplicáveis à Administração Pública em geral, como a alocação de recursos orçamentários para um investimento, a criação de cargos por meio de lei e a autorização de concurso pelos ministérios competentes (ME e MEC).

17. Ocorre que para atender à sua demanda de serviços descontínuos, a qual quase sempre nasce com uma fonte de financiamento especial, a IFES não tem – e nem poderia ter mesmo, como ao diante se verá – uma estrutura física e de recursos humanos suficiente, surgindo dessa constatação, pois, a necessidade de se buscar, dentro do arcabouço jurídico disponível, solução para que ela não fique engessada, tolhida na sua missão de ensinar, de pesquisar e de produzir ciência e tecnologia para o desenvolvimento econômico e social da nação.

18. Eis aqui, então, o que move uma IFES a buscar um relacionamento com uma fundação de apoio: <u>*a necessidade de crescimento de sua estrutura para poder dar vazão a ações descontínuas*</u>, não regulares, aquelas que têm, já no nascedouro, uma data para acabar.

19. Com efeito, levando em conta que as IFES constituem-se em centros avançados de pesquisa, de ensino e de produção do conhecimento, de forma natural passaram a ser demandadas para atender a <u>*ações específicas*</u> dos órgãos governamentais, da sociedade e do setor produtivo.

20. Nesse sentido, é certo imaginar que para atender a essas ações específicas, quando então a IFES sente necessidade de aumentar sua estrutura, ela não iria abrir um concurso para admitir técnicos, docentes e pesquisadores, sobretudo porque uma vez terminado o projeto, esse pessoal novo admitido ficaria ocioso, causando um peso desnecessário à máquina pública, já tão carente de recursos para o seu financiamento. Sem contar, outrossim, que o prazo de resposta a essas demandas específicas não poderia ficar no aguardo de políticas públicas complexas, como a abertura de um concurso público, que exige, na origem, a criação do cargo mediante lei, a alocação de recursos para atender a despesa de forma contínua etc.

21. Dentro dessa dinâmica, e como forma de concretização do princípio da autonomia universitária inscrito no art. 207 da Constituição, restou criado um modelo jurídico-institucional para viabilizar essas ações específicas das IFES, modelo esse que foi materializado pela edição da Lei nº 8.958/94, a qual precisa ser corretamente interpretada para, de um lado, permitir a efetividade das políticas públicas que ela visou instrumentalizar e, de outro, garantir segurança jurídica às legítimas ações desenvolvidas pelas IFES em prol do crescimento social e econômico do país.

22. Assim, restando identificada a necessidade que move uma IFES ao contratar uma fundação de apoio para viabilizar suas ações específicas, que é o *crescimento transitório de sua estrutura, basicamente o crescimento transitório da área de recursos humanos*, passa-se à análise sobre o que ela busca atender ou suprir ao firmar o negócio jurídico.

23. Quanto a esse ponto, e a partir da experiência vivenciada no dia a dia das IFES, é possível resumir o intento dessas,

quando firmam um negócio com uma fundação de apoio, a duas pretensões básicas: **a)** contratação de pessoal – do quadro próprio da IFES ou não – para atuar nesses projetos classificados como ações específicas; e **b)** agilidade e presteza na logística de execução desses projetos, de maneira que essas ações específicas e descontínuas sejam executadas com um padrão de eficiência mais apurado, com contratações de serviços e insumos para atender o projeto de uma forma mais ágil, rápida, tempestiva e menos burocrática quanto ao que se verifica no regime jurídico administrativo.

24. Para recapitular, deixa-se fixado que a contratação de fundação de apoio por uma IFES nasce da necessidade que ela tem de promover o *crescimento de sua estrutura* para atender a ações específicas e descontínuas. De outra parte, com a contratação da fundação de apoio ela visa remunerar o pessoal que vai atuar nessas ações específicas, bem como imprimir um padrão de agilidade e presteza nas contratações de serviços e insumos para a execução dessas ações específicas.

25. Com essas considerações já é possível ter uma noção parcial sobre o objeto do negócio jurídico que pode ser firmado entre uma IFES e sua respectiva fundação de apoio no ambiente da Lei nº 8.958/94.

26. Seguindo em frente, cumpre ressaltar que em decisão paradigmática sobre o tema, proferida no ano de 2002 (Decisão 655/2002 – Plenário), o TCU esclareceu que a fundação de apoio, enquanto contratada pela IFES, deveria desempenhar o papel de *escritório de contratos* de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de *escritório de transferência de tecnologia*, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades.

27. Posteriormente, em acórdão macro sobre o tema (Acórdão 2.731/2008 – Plenário), além de reafirmar o papel que fora destacado às fundações de apoio pela Decisão 655/2002 – Plenário, o TCU também lhe atribuiu o papel de intermediário entre a IFES e o meio externo.

28. Extrai-se de tais decisões do TCU, então, que essencialmente são três os possíveis objetos que o contrato ou o convênio entre IFES e fundações de apoio podem assumir: **a)** serviços de escritório de contratos, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES; **b)** serviços de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das IFES; e **c)** serviços de intermediário entre a Universidade e o meio externo.

29. Esses três grandes objetos que poderiam ser contratados ou conveniados segundo o TCU advêm do próprio texto da exposição de motivos do projeto de lei que resultou na edição da Lei nº 8.958/94, de autoria do Poder Executivo, exposição de motivos essa que fora publicada no Diário Oficial do Congresso Nacional de 06 de abril de 1994.

30. Ocorre que o texto que restou transformado em lei, embora contenha alguns conflitos aqui e acolá, jamais contemplou, como objeto dos contratos e dos convênios, as ações acima referenciadas pelo Egrégio TCU. Mais do que isso: salvo alguma anormalidade ou desconformidade verificada em alguma IFES em particular – decorrente, sobretudo, da falta de clareza do marco legal –, tais objetos nunca representaram a prática ou a necessidade real das IFES quando buscam firmar contratos ou convênios com suas fundações de apoio.

31. De observar-se, primeiro, que uma IFES não precisa – nem teria condições de almejar algo desse tipo – de um terceiro para prestar um serviço de "escritório de contratos". Afinal, o que seria esse serviço? Seria alguma coisa no sentido de a fundação de apoio funcionar como mandatária ou agenciadora da IFES na realização de contratos com terceiros? Não parece que assim o seja, posto que a IFES não precisa de intermediários para esses fins. Ela possui órgãos e agentes que têm todas as condições e credenciais possíveis para firmar seus contratos.

32. A questão, aqui, assume contornos ainda mais complicados ao se perceber que a fundação de apoio faria isso – serviço de escritório de contratos – valendo-se do conhecimento, da pesquisa e do corpo docente da própria IFES. Ora, isso não teria o menor sentido. Se a estrutura para prestar o referido serviço, tanto material quanto imaterial, já pertence à IFES, não faz qualquer sentido que tal seja feito pela fundação de apoio.

33. Ademais, a fundação de apoio jamais teria condições jurídico-institucionais para *desenvolver ou executar* projetos de ensino, de pesquisa ou de extensão, posto que ela não é, como se sabe, uma instituição de ensino, de pesquisa ou de extensão, mas sim, como dizem as Leis nºs 8.958/94 e 10.973/2004, uma instituição preordenada a apoiar a execução de projetos de ensino, de pesquisa ou de extensão de interesse das IFES, o que permite concluir que a fundação de apoio *nem elabora ou confecciona, nem muito menos executa os projetos*. É dizer, ela jamais poderia desenvolver projetos sob encomenda, posto que pode apenas apoiar a sua execução, inclusive, e somente, nos limites do negócio jurídico firmado com a IFES.

34. Em suma, o projeto de ensino, de pesquisa, de extensão etc é sempre concebido e executado pela própria IFES. Trata-se de atividade indelegável, sobretudo porque não haveria razão para que uma IFES viesse a contratar uma outra instituição, que não é instituição de ensino, de pesquisa etc, para vir a executar os seus projetos de ensino, de pesquisa, de extensão. O raciocínio não fecharia. Afinal, como poderia uma universidade contratar uma outra instituição, que não é universidade, para executar serviços que somente cabem às universidades?

35. Bem por isso, note-se que o que as Leis nºs 8.958/94 e 10.973/2004 autorizam é que a IFES se valha da fundação de apoio para viabilizar a execução de tais projetos, ante a necessidade de *crescimento transitório* de sua estrutura logística para a execução da respectiva ação específica, bem como para que seja viabilizado o pagamento do pessoal que irá atuar no projeto e conferir agilidade e presteza na logística de sua execução.

36. Com isso, pois, tem-se que o objeto do contrato ou do convênio a ser firmado entre IFES e fundação de apoio jamais poderia ser identificado como um "serviço de escritório de contratos". Isso não corresponde ao contido na lei, nem resulta da compreensão globalizada do sistema jurídico vigente, consoante se percebe do art. 1º da Lei nº 8.958/94, bem como do art. 2º, inc. VII, da Lei nº 10.973/2004, *verbis*:

> "Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas -ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)"
>
> ....
>
> "Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
>
> (...)
>
> VII - fundação de apoio: fundação criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e projetos de estímulo à inovação de interesse das ICTs, registrada e credenciada no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e

Inovação, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e das demais legislações pertinentes nas esferas estadual, distrital e municipal; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)"

37. Como se vê, jamais a lei admitiu a possibilidade de uma IFES vir a contratar uma fundação de apoio para prestar-lhe serviços de escritório de contratos, nem, muito menos, para desenvolver projetos sob encomenda com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente da própria IFES contratante. O que a lei admite é a possibilidade de a IFES vir a contratar a fundação de apoio para prestar serviços de apoio à execução do projeto, o que é muito diferente, especialmente porque pressupõe que quando a fundação de apoio vier a ser contratada pela IFES o projeto já estará concebido, bastando ser viabilizada e instalada apenas a logística para o início de sua execução.

38. De igual forma, também não parece haver sentido na contratação de fundação de apoio para prestar serviços de *escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das IFES.*

39. A primeira questão a abordar, aqui, é que esse objeto certamente não está de acordo com o marco legal das fundações de apoio. Ora, se a lei autoriza a IFES a se valer das fundações de apoio apenas para viabilizar (na medida das necessidades do aumento de sua estrutura) a logística de execução de projetos classificados como ações específicas, por certo que quando a IFES vier a intentar a inserção, no mercado, de eventuais tecnologias produzidas no âmbito desses projetos, certamente que tal projeto já estará acabado, finalizado, executado. E se o projeto já está finalizado, não subsiste, segundo a lei, qualquer possibilidade para que a IFES venha a contratar a fundação de apoio, cuja atuação é viável tão somente na fase de execução do projeto, e não na fase posterior à sua execução, onde já se tem um produto acabado.

40. Além disso, os contratos de transferência de tecnologia representam mera gestão dos bens das IFES, não necessitando , salvo em relação a algumas questões específicas no âmbito da Lei nº 10.973/2004 (gestão de parques tecnológicos e de núcleos de inovação tecnológica), da contratação de um intermediário para que possam ser viabilizados.

41. Também não há sentido no serviço de *intermediário entre a Universidade e o meio externo* . É dizer, a fundação de apoio, ao menos segundo a lei, não está preordenada a prestar esse tipo de serviço para as IFES. É que essas não precisam de intermediário com o meio externo. Elas, IFES, são organismos que se encontram não só inseridos na ordem social, econômica e cultural do país, mas também ligados diretamente a todos os setores da sociedade e do Estado, não necessitando, pois, de nenhum intermediário. Ela tem órgãos e agentes com total condição de manter diálogos com a sociedade, com o setor produtivo, com as agências de fomento e com todas as esferas de governo que integram a federação.

42. Logo se vê, pois, que tudo o quanto fora atribuído, até o presente momento, como sendo o papel das fundações de apoio no ambiente da Lei nº 8.958/94, jamais configurou de fato o objeto dos contratos ou convênios que as IFES *necessitam* firmar junto a suas respectivas fundações de apoio.

43. Sendo assim, qual seria, afinal, o objeto possível de ser acordado entre uma IFES e sua fundação de apoio no ambiente da Lei 8.958/94?

44. Segundo o art. 1º da Lei nº 8.958/94, que precisa ser lido em conjunto com o disposto no art. 2º, inc. VII, da Lei nº 10.973/2004, o objeto do contrato/convênio é caracterizado pelo apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação.

45. Contrata-se ou convenia-se, então, o *serviço de apoio* a projetos de pesquisa, ensino, extensão etc classificados como *ações específicas*. Isso, entretanto, não esclarece totalmente a questão jurídica posta, já que a palavra *apoio* apresenta alto grau de indeterminação.

46. Por meio da Lei nº 12.349/2010, porém, o legislador houve por bem prever, em princípio apenas como uma das facetas que esse *serviço de apoio* poderia assumir, a possibilidade de as fundações de apoio virem a prestar os serviços de *gerenciamento administrativo e financeiro necessário* para projetos específicos das IFES. Note-se bem então: de forma expressa, a lei diz que o serviço de apoio pode assumir a característica de *gerenciamento administrativo e financeiro necessário* para projetos de pesquisa, ensino, extensão, desenvolvimento institucional etc.

47. Voltando-se os olhos para a prática verificada no dia a dia dos negócios jurídicos que são firmados entre IFES e suas respectivas fundações de apoio, o que se constata é que, desde sempre, o único serviço (ou o único apoio) que essas prestaram *– ou, pelos menos, o único serviço que poderiam ou deveriam ter prestado* – àquelas sempre esteve atrelado ao *gerenciamento administrativo e financeiro de projetos* classificados como ações específicas.

48. Em outras palavras, a procura das fundações de apoio pelas IFES sempre teve o intento de buscar a prestação do serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos, ação essa motivada, como acima se falou, pela necessidade de *crescimento* de sua estrutura e com foco na disponibilização de agilidade e presteza na logística de execução do projeto. Isso pode ser verificado com muita facilidade na análise da essência dos negócios jurídicos firmados pelas IFES junto às suas respectivas fundações de apoio. Em todos eles, a fundação de apoio faz apenas gestão administrativa e financeira de projetos.

49. Nesse sentido, se é certo que o único serviço (ou o único apoio) que uma fundação de apoio pode prestar a uma IFES é mesmo o gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas, qual seria o núcleo desse serviço? Dito de outra forma para melhor esclarecer: em que consiste o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas?

50. Como ponderado, o que move a IFES a contratar ou conveniar uma fundação de apoio é a necessidade de *crescimento transitório* de sua estrutura administrativa, notadamente na área de recursos humanos. Assim, a implementação dessas ações específicas demandaria da IFES, caso não houvesse a solução jurídica de se contratar a fundação de apoio, a alocação de mais pessoas em setores meio, como o setor de licitações e contratos, de fiscalização de contratos, de finanças e pagamentos, de gestão de patrimônio, bem como a alocação de pessoas para atuar na área fim do projeto, tais como pesquisadores, professores e técnicos com perfil especializado.

51. Tratando-se de uma demanda efêmera de serviços, além da necessidade de atender com rapidez e presteza a essas demandas e ações específicas, a IFES não poderia fazer crescer a sua máquina administrativa, por exemplo, por meio da realização de concursos públicos, surgindo daí, então, com base no princípio da autonomia universitária, a solução jurídica da fundação de apoio, que pode viabilizar, para a IFES, o atendimento a essa necessidade transitória de crescimento de sua estrutura.

52. Tomando-se por base esse retrato, já se pode visualizar, com certo grau de exatidão, em que consiste o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projeto. De maneira sucinta, tal serviço consiste na realização, pela fundação de apoio, de *contratos e pagamentos* no interesse do projeto. É dizer, o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro do projeto densifica-se no fato de a fundação de apoio fazer, *em nome próprio*, contratos e pagamentos no interesse do projeto ou da ação administrativa da IFES.

53. A estrutura do negócio jurídico entre a IFES e a fundação de apoio, destarte, materializa-se no seguinte esquema: a IFES assume a obrigação de transferir recursos à fundação de apoio para que esta, em nome próprio, e mediante remuneração

previamente acertada (alguns chamam essa remuneração de ressarcimento de custos operacionais), realize contratos e pagamentos para atender ao projeto. E a fundação de apoio assume a obrigação de gerenciar tais recursos, fazendo contratos e pagamentos no interesse do projeto, prestando, ao final, contas à IFES quanto à legitimidade da aplicação dos recursos transferidos para gestão.

54. Observa-se, então, que a parte logística da execução do projeto, tais como a contratação e pagamento de serviços, de insumos e de pessoal necessários à execução do projeto é transferida pela IFES à fundação de apoio, permitindo-se que aquela se concentre na atividade-fim do projeto. O relacionamento jurídico entre IFES e fundação de apoio, *mutatis mutandis*, assume uma estrutura muito próxima do que vem sendo chamado de *quarteirização* de serviços.

55. Ao firmar o contrato/convênio de gestão do projeto com a fundação de apoio, note-se, a IFES fica despreocupada quanto a ter de providenciar, para a execução desse projeto, a contratação de serviços e do pessoal necessário, a locação de bens, a realização de compras, a fiscalização desses contratos, a realização de pagamentos etc, concentrando suas ações, assim, apenas na execução do projeto e nos seus resultados.

56. *Mutatis mutandis*, o relacionamento jurídico entre IFES e fundação de apoio assume uma estrutura muito próxima do que vem sendo chamado de *quarteirização* de serviços com impacto direto na atividade fim da IFES.

57. O objeto do negócio jurídico a ser acordado entre IFES e suas fundações de apoio, então, resume-se ao gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas, sendo que gerenciar sob os aspectos administrativo e financeiro significa fazer contratos e pagamentos, em nome próprio, mas para atender as necessidades do projeto.

58. Não é difícil perceber, na atual quadra, que a Lei nº 8.958/94 precisa de adequação para que esse objeto seja melhor explicitado, máxime porque, se o que as IFES contratam ou conveniam com as fundações de apoio gira apenas em torno da gestão administrativa e financeira de projetos, o correto é colocar esse objeto como essência dos negócios, e não como se fosse uma exceção, conforme sugere, hoje, o texto da Lei nº 8.958/1994.

59. Ora, se se está diante de um contrato de gestão, cuja *necessidade e finalidade*, a essa altura, já conta com contornos jurídicos definidos, o correto é que se trate melhor da regulamentação desse contrato de gestão, definindo, no próprio texto da lei, requisitos e procedimentos mais precisos para a sua operabilidade, sobretudo porque as regras gerais de contratação contidas na Lei nº 8.666/93 não são suficientes para responder às peculiaridades desse contrato de gestão.

60. De qualquer modo, até que venha uma nova regulamentação sobre o tema, de *lege lata* há ainda um outro aspecto a considerar quanto ao objeto possível de ser acordado entre IFES e suas respectivas fundações de apoio.

61. Trata-se da palavra "necessária" contida na parte final do *caput* do art. 1º da Lei nº 8.958/94, incluída logo após a autorização para que a IFES contrate o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos junto às fundações de apoio. É dizer, embora seja possível a contratação do serviço de gerenciamento administrativo e financeiro do projeto, a lei o restringiu às hipóteses *necessárias*.

62. Nesse sentido, como poderia ser interpretada essa palavra no contexto de uma contratação de fundação de apoio?

63. Como visto alhures, o que move a IFES rumo à contratação da fundação de apoio é a necessidade de crescimento transitório de sua estrutura para poder dar vazão a projetos classificados como ações específicas, os quais não poderiam ser adequadamente executados se a IFES fosse depender da sua estrutura permanente instalada.

64. Dentro dessa linha, há de se entender que a palavra "necessária", na hipótese, está relacionada à exigência de se demonstrar, no caso concreto, que a estrutura permanente instalada da IFES não teria condições de absorver ou de atender a logística de execução do projeto. Feita tal fundamentação, nos autos do processo, a exigência legal estaria atendida.

65. A nosso sentir, portanto, e embasados na verificação diária dos relacionamentos entre IFES e fundação de apoio, o objeto dos relacionamentos jurídicos entre IFES e fundações de apoio envolvem, sempre, e apenas, a gestão administrativa e financeira necessária de projetos classificados nas vertentes do ensino, da pesquisa, da extensão e do desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e do estímulo à inovação. Em qualquer circunstância, é isso o que fundação de apoio vai desenvolver para a IFES.

II.C - A adequação do uso do instrumento contrato no relacionamento entre IFES e fundações de apoio

II.C.1 - Alertas iniciais relacionados ao tema

66. Antes de entrar propriamente no desenvolvimento do tema da natureza jurídica do instrumento hábil a materializar o relacionamento entre IFES e fundação de apoio, cabe tecer alguns alertas iniciais.

67. **O primeiro** é que não se pode confundir, no âmbito das políticas da educação, ciência, tecnologia e inovação, os negócios jurídicos firmados entre as IFES e os demais terceiros que a demandam ou a financiam, tanto terceiros públicos (União, Estados, Municípios etc) quanto terceiros privados (empresas etc), com os negócios jurídicos firmados entre IFES e fundações de apoio. É preciso fazer essa ponderação porque o sistema normativo vigente, especialmente a Lei nº 10.973/2004, tipificou vários negócios jurídicos em seu texto, mas ao assim fazê-lo focou prioritariamente o primeiro grupo de negócios jurídicos. É dizer, praticamente todo o conjunto de negócios jurídicos tipificados na Lei nº 10.973/2004 visam a cuidar dos negócios jurídicos havidos entre as IFES e terceiros, públicos ou privados, e não dos negócios jurídicos firmados entre IFES e fundação de apoio.

68. Nesse sentido, volta-se a frisar que a fundação de apoio entra nesse contexto da execução da política apenas quando há a necessidade, por parte da IFES, de que ela venha a fazer a gestão administrativa e financeira do projeto, atividade essa que se resume, como acima já se falou, na realização de contratos e pagamentos no interesse do projeto.

69. Essa entrada da fundação de apoio nesse contexto da execução da política se dá, basicamente, em dois tipos de relações jurídicas: negócios jurídicos firmados apenas entre IFES e fundação de apoio, caracterizando-se um negócio apenas com esses dois personagens, e negócios jurídicos firmados entre a IFES, o terceiro demandante/financiador e a fundação de apoio, caracterizando-se um negócio tripartite, isto é, firmado entre esses três personagens. Nesse último modelo de negócio jurídico, chamado tripartite, pode-se também observar algumas variações, como a existência de mais de uma IFES ou a existência de mais de um terceiro demandante/financiador.

70. Em qualquer dessas situações, porém, a função ou atividade desenvolvida pela fundação de apoio será sempre a de gestora administrativa e financeira do projeto a ser desenvolvido pela IFES.

71. **Já o segundo** é que a Lei nº 8.958/1994 constitui um texto bastante caótico e confuso em várias partes, de modo que não se pode trabalhar o que ali está posto sem se conectar com a realidade prática do funcionamento das IFES e com os fatos históricos envolvidos.

72. Apenas a título de exemplo, basta ponderar que após a reforma de 2016, quando a Lei nº 8.958/1994 foi alterada pela Lei nº 13.243/2016, os arts. 1º-A e 1º-B perderam a razão de ser.

73. Com efeito, a inclusão dos arts. 1º-A e 1º-B, que permitem que terceiros contratem a fundação de apoio para apoiar

a IFES, se deu apenas para contornar a exigência de que esses terceiros, quando viessem a demandar ou financiar projetos das IFES, deveriam depositar os recursos correspondentes na conta única do tesouro, na forma da legislação que rege o orçamento público.

74. Ocorre que hoje, com a inclusão do § 7º ao art. 1º da Lei nº 8.958/1994 pela Lei nº 13.243/2016, passou a haver autorização para que os recursos dos projetos, quando captados na iniciativa privada, sejam repassados diretamente para a fundação de apoio, sem trânsito pela conta única do tesouro. Esse dispositivo (§ 7º do art. 1º), note-se, fez perder a razão de ser dos arts. 1º-A e 1º-B, os quais criam um mecanismo esquisito onde o terceiro, que na verdade sempre quer contratar/conveniar com a IFES, contratava/conveniava com a fundação de apoio, fato que criava embaraços diversos.

75. De igual modo, o art. 1º-C também se mostra sem motivo e, a rigor, só causa confusão, uma vez que os convênios que envolvem repasse financeiro, quando firmados entre a IFES e terceiro público (União, Estados e Municípios), já possuem regulamentação própria, como se percebe pelo Decreto nº 6.170/2007, não necessitando de mais um diploma para tanto. E quando a IFES firma convênio com terceiro privado (empresas e outros entes privados), tal convênio terá a estrutura que vier a sair das tratativas havidas entre esse terceiro e a IFES, observando-se a legislação geral vigente. Nesse último caso, note-se, por se tratar de concedente privado, ou melhor, se o dono do dinheiro é um ente privado, não cabe ao Estado determinar como esse ente vai gastar esse recurso, instituindo regras que somente têm o caráter de atravancar a produção da ciência pelas IFES. Em tais situações, cabe às próprias IFES, em razão de sua autonomia constitucional, criar as condições para receber o financiamento privado e executar suas políticas, não cabendo ao Estado criar burocratizações desnecessárias.

76. Muito possivelmente, portanto, a dificuldade em regulamentar tais dispositivos da Lei nº 8.958/1994 (arts. 1º-A, 1º-B e 1º-C) encontra-se no fato de que tais dispositivos perderam a razão pela qual foram instituídos.

II.C2 - Desenvolvimento do tema

77. Por conta da especificidade do objeto do negócio jurídico possível de ser acordado entre IFES e fundações de apoio, tem havido razoável grau de divergência sobre o instrumento jurídico mais adequado para instrumentalizar tal negócio jurídico. Quase sempre, porém, a definição sobre o instrumento jurídico mais adequado (se contrato ou se convênio) é buscada não na essência de cada um desses instrumentos, mas sim em questões outras, as quais nem sempre levam a uma definição jurídica correta sobre a eleição adequada do instrumento.

78. Nesse sentido, e a título de exemplo, invoca-se o conteúdo do Acórdão nº 685/2013 – Segunda Câmara do TCU. Em tal acórdão, a CGU (Controladoria Geral da União) apontou ao tribunal que a UFRN, ao instrumentalizar o relacionamento com sua fundação de apoio por meio de contrato, acabou por violar o *iter* da despesa pública fixado pela Lei nº 4.320/64 (artigos 62 e 63). Para o referido órgão de controle interno, o simples fato de haver transferência de recursos para fins de gestão estaria a exigir que o negócio jurídico fosse necessariamente instrumentalizado por meio de convênio, e não por meio de contrato, evitando-se, pois, a antecipação de pagamento.

79. Julgando o caso, o TCU decidiu que, quando se tratar de contrato, a UFRN deveria se abster de apropriar e/ou pagar despesas sem o prévio fornecimento de bens ou serviços.

80. Pelo que se percebe, a decisão não levou em conta a especificidade do objeto do negócio jurídico possível de ser firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei nº 8.958/94.

81. Como já destacado acima, o único objeto possível de ser firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei nº 8.958/94 é a gestão administrativa e financeira de projetos classificados nas vertentes do ensino, da pesquisa, da extensão, do desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e estímulo à inovação. E fazer a gestão desses projetos importa em que a fundação de apoio faça contratos e pagamentos, em nome próprio, mas no interesse da execução do projeto, pelo que é necessário que haja transferência de recursos à contratada. Não haveria, pois, como uma entidade contratar outra para fazer-lhe gestão financeira e não repassar os respectivos recursos a serem geridos.

82. O certo, de toda forma, é que a transferência de recursos para gestão não opera qualquer metamorfose no relacionamento jurídico entre a IFES e fundação de apoio. Em outras palavras, não é porque há transferência de recursos para gestão que o negócio jurídico tem de ser firmado, necessariamente, por convênio. Se o caso é de contrato, ainda que haja transferência de recursos para gestão, deve continuar sendo tratado como contrato. E isso porque o que caracteriza um e outro instrumento não é o fato de haver transferência de recursos para gestão, mas sim a natureza dos interesses e do objeto envolvido.

83. Sem a menor dúvida, o negócio jurídico firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei nº 8.958/94 não caracteriza uma relação de convergência de interesses nos moldes do exigido para a realização de convênio. Trata-se genuinamente de uma "*relação contratual de parceria*": a IFES pretende a contratação de um serviço de gestão, com vistas a permitir o crescimento transitório de sua estrutura, e a fundação de apoio, após credenciamento junto ao MEC/MCTIC, e mediante remuneração (o chamado ressarcimento dos custos operacionais), põe-se à disposição para executá-lo. Tanto isso é verdade que se a IFES condicionasse a realização do negócio jurídico à apresentação de uma contrapartida por parte da fundação de apoio, *como comumente ocorre na realização de convênio*, certamente que tal negócio jamais seria fechado.

84. Em verdade, a peculiaridade do caso está no fato de que o contrato firmado entre IFES e fundações de apoio apresenta-se como um contrato de *gestão* administrativa e financeira, o que pressupõe a transferência de recursos a serem geridos. Note-se, pois, que em contratos deste tipo a IFES transfere dois tipos de recursos para a fundação de apoio: recursos a serem geridos e recursos para o pagamento pelos serviços de gestão que lhe serão prestados.

85. Tal situação, ademais, não é novidade no direito pátrio, tendo em vista, sobretudo, o contido na Lei nº 9.637/98, que trata do chamado *contrato de gestão* e cuja finalidade é a de criar uma relação de parceria, tal qual a parceria que há entre IFES e fundação de apoio, parceria essa, inclusive, que pressupõe um credenciamento junto aos ministérios competentes.

86. De qualquer modo, e com a devida *venia* aos entendimentos contrários, essa peculiaridade do negócio jurídico não tem o condão de retirar-lhe a sua natureza contratual. Em outras palavras, mesmo havendo transferência de recursos para gestão, o certo é que a relação jurídica travada é essencialmente contratual, já que os recursos transferidos para gestão constituem apenas insumos para a execução do contrato de gestão, o qual, sabe-se, é um contrato de *gestão administrativa **e financeira***.

87. Para além disso, tem-se que a adoção do convênio, além de tecnicamente inadequado para a hipótese, também levaria a um problema de ilegalidade intransponível. É que praticamente toda a receita que mantém em funcionamento a fundação de apoio advém dos negócios jurídicos que ela firma com a IFES, de maneira que se fosse convênio o instrumento a instrumentalizar o negócio, ter-se-ia que a IFES estaria a subvencionar, sem autorização legal específica, a existência e funcionamento de um ente privado, o que não é possível frente ao contido no art. 26 e §§ da Lei Complementar 101/2000 (LRF), *verbis*:

> "Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes

orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípuas, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital."

88. Possivelmente, grande parte da existência de tal problema está relacionada ao fato de o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, *em se tratando de contrato*, considerar que todos os recursos transferidos têm o efeito de *pagamento*. Em outras palavras, o que se tem é que, a despeito de sua previsão legal (art. 1º da Lei nº 8.958/94), o sistema de execução orçamentária da União ainda não está preparado ou não reconhece a existência de *contratos de gestão financeira*, o que leva à equivocada ideia de que, nos pactos firmados entre IFES e fundações de apoio, ocorra antecipação de pagamentos, supostamente violando-se os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

89. Sob nosso ponto de vista, porém, o fato de haver transferência de recursos para gestão não altera a natureza contratual desses negócios jurídicos, seja porque os interesses envolvidos não caracterizam a hipótese de convênio, seja porque o sistema jurídico pátrio reconhece a existência do contrato de gestão financeira na hipótese (art. 1º da Lei nº 8.958/94). Não se pode olvidar, ainda, que a fundação de apoio não tem condições financeiras e patrimoniais para prestar o serviço de gestão financeira à IFES sem ser remunerada para tanto. Ela, pois, necessita de remuneração para prestar o serviço de apoio à IFES que lhe contratou, sendo que esse fato é mais que suficiente para afastar toda e qualquer dúvida sobre a natureza contratual do referido negócio jurídico, vez que em convênio jamais se poderia falar de remuneração do convenente pelo respectivo concedente.

90. Nesse ponto, aliás, não basta dizer que a fundação de apoio não é remunerada, mas sim tem ressarcidas as suas despesas operacionais. O primeiro equívoco de um afirmação dessas é que isso não é verídico, uma vez que se a fundação de apoio recebesse apenas o ressarcimento dos custos operacionais elas não se sustentariam. Em verdade, dentro dessa rubrica de custos operacionais certamente é pago algo para que ela consiga manter outros gastos além dos custos operacionais do projeto, dado que seria impossível a sobrevivência apenas com o tal ressarcimento.

91. É de se ter em mente, outrossim, que os negócios jurídicos contratuais encontram-se devidamente conceituados em lei (art. 2º, *parágrafo único*, da Lei nº 8.666/93), sendo que o ponto fundamental em tal conceituação é a existência de reciprocidade de obrigações entre as partes do negócio, o que casa integralmente com a situação verificada no relacionamento entre IFES e fundações de apoio.

92. Assim, o que precisa ser feito na hipótese é a construção de sistemas operacionais aptos a reconhecer o contrato de gestão administrativa e financeira entre IFES e fundações de apoio. Mas até que tais sistemas sejam construídos e ou adaptados, a orientação tem sido no sentido de que o instrumento de contrato deixe bem claro, de um lado, o montante de recursos que será transferido para ser gerido pela fundação de apoio e, de outro lado, o montante que será transferido a título de pagamento pelos serviços de gestão contratados (o chamado ressarcimento de custos operacionais). Em relação a esse último tipo de recurso, cabe salientar que, a nosso ver, se aplica integralmente o contido nos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, não podendo haver pagamento antecipado. Quanto ao primeiro, porém, além de ser necessária a devida prestação de contas à IFES, a recomendação tem sido no sentido de que se exija da fundação de apoio a devida e tempestiva aplicação financeira, a exemplo dos convênios, não incidindo em relação a esses recursos, ainda que transferidos à conta do projeto logo no início, a chamada "antecipação de pagamento". Quanto a isso, inclusive, assim decidiu recentemente o TCU, *verbis*:

"No âmbito dos contratos firmados pela Administração com fundações de apoio, com base na Lei 8.958/1994, admite-se o repasse antecipado dos recursos à conta bancária do projeto, tendo em vista que a lei não apresenta distinção entre os instrumentos de convênios e contratos, e exige, indiferentemente do instrumento adotado, a manutenção dos recursos em conta específica, prestação de contas, controle contábil e relatório final, entre outros." **Acórdão *1134/2017-Plenário***

Jurisprudência Selecionada. Relator: AUGUSTO SHERMAN

ÁREA: Convênio | TEMA: Fundação de apoio | SUBTEMA: Execução financeira

Outros indexadores: Repasse, Contrato administrativo, Antecipação

93. Em suma, em que pese tratar-se de contrato, é importante frisar que se trata de um *contrato de parceria* que envolve gestão de recursos financeiros, motivo pelo qual há pontos de contato com o convênio, embora com este não se confunda.

94. Importante anotar, ainda, que a ideia de que o instrumento contrato deve ser adotado apenas naquelas situações em que uma das partes pretende lucrar ou ter algum proveito econômico em detrimento da outra parte, criando uma situação de interesses economicamente contrapostos, é uma visão já ultrapassada, mais atrelada aos doutrinadores clássicos do direito administrativo.

95. Como se sabe, modernamente se fala em *contratos de parceria*, a denotar situações em que as partes não firmam o negócio apenas com o intuito de lucrar economicamente uma em detrimento da outra, mas sim com o intuito de emprestar sua expertise uma à outra para a consecução de um interesse público ou coletivo. Isso ocorre, por exemplo, no relacionamento firmado entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP (Lei nº 9.790/1999), cujo instrumento é um contrato/termo de parceria, bem como nas relações entre o Poder Público e as Organizações Sociais - OS (Lei nº 9.637/1998), cujo instrumento é um contrato de gestão.

96. Frente a esse quadro, e com a devida *venia*, tem-se não haver ambiência jurídica suficiente para proclamar que o relacionamento bilateral entre IFES e fundação de apoio possa ser realizado mediante convênio, especialmente porque o convenente não pode ser sustentado/remunerado/bancado pelo concedente, como ocorre nesse relacionamento entre IFES e fundação de apoio.

97. Sinale-se, ademais, que a defesa do convênio, nesse contexto, vem muito atrelada à ideia de que o convênio é transparente e o contrato não o seria, permitindo a prática de irregularidades. Isso, porém, não é um critério adequado para definir a situação posta, especialmente porque irregularidades podem ocorrer tanto em convênios como em contratos. E no caso do relacionamento entre IFES e fundação de apoio, a Lei nº 8.958/1994 já adotou mecanismos próprios e específicos para prevenir irregularidades, seja em contrato, seja em convênios, como se pode ver dos seus arts. 3º, 3º-A, 4º-A, 4º-C e 4º-D, *verbis*:

"Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo. (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

(...)

§ 1º As fundações de apoio, com a anuência expressa das instituições apoiadas, poderão captar e receber diretamente os recursos financeiros necessários à formação e à execução dos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, sem ingresso na Conta Única do Tesouro Nacional. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 2º As fundações de apoio não poderão: (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

I - contratar cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, de: (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

a) servidor das IFES e demais ICTs que atue na direção das respectivas fundações; e (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

b) ocupantes de cargos de direção superior das IFES e demais ICTs por elas apoiadas; (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

II - contratar, sem licitação, pessoa jurídica que tenha como proprietário, sócio ou cotista: (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

a) seu dirigente; (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

b) servidor das IFES e demais ICTs; e (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

c) cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau de seu dirigente ou de servidor das IFES e demais ICTs por elas apoiadas; e (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

III - utilizar recursos em finalidade diversa da prevista nos projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 3º Aplicam-se às contratações que não envolvam a aplicação de recursos públicos as regras instituídas pela instância superior da fundação de apoio, disponíveis em seu sítio eletrônico, respeitados os princípios mencionados no art. 2º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 3º-A. Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes na forma desta Lei, as fundações de apoio deverão: (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

I - prestar contas dos recursos aplicados aos entes financiadores; (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

II - submeter-se ao controle de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante; e (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

III - submeter-se ao controle finalístico pelo órgão de controle governamental competente. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

(...)

Art. 4º-A. Serão divulgados, na íntegra, em sítio mantido pela fundação de apoio na rede mundial de computadores - internet: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - os instrumentos contratuais de que trata esta Lei, firmados e mantidos pela fundação de apoio com as IFES e demais ICTs, bem como com a FINEP, o CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - os relatórios semestrais de execução dos contratos de que trata o inciso I, indicando os valores executados, as atividades, as obras e os serviços realizados, discriminados por projeto, unidade acadêmica ou pesquisa beneficiária; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

III - a relação dos pagamentos efetuados a servidores ou agentes públicos de qualquer natureza em decorrência dos contratos de que trata o inciso I; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

IV - a relação dos pagamentos de qualquer natureza efetuados a pessoas físicas e jurídicas em decorrência dos contratos de que trata o inciso I; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

V - as prestações de contas dos instrumentos contratuais de que trata esta Lei, firmados e mantidos pela fundação de apoio com as IFES e demais ICTs, bem como com a FINEP, o CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

(...)

Art. 4º C. É assegurado o acesso dos órgãos e das entidades públicas concedentes ou contratantes e do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal aos processos, aos documentos e às informações referentes aos recursos públicos recebidos pelas fundações de apoio enquadradas na situação prevista no art. 1º e aos locais de execução do objeto do contrato ou convênio. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

Art. 4º-D. A movimentação dos recursos dos projetos gerenciados pelas fundações de apoio deverá ser realizada exclusivamente por meio eletrônico, mediante crédito em conta corrente de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços devidamente identificados. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 1º Poderão ser realizados, mediante justificativa circunstanciada e em caráter excepcional, saques para pagamento em dinheiro a pessoas físicas que não possuam conta bancária ou saques para atender a despesas de pequeno vulto, definidas em regulamento específico previsto no art. 3º desta Lei, adotando-se, em ambas as hipóteses, mecanismos que permitam a identificação do beneficiário final, devendo as informações sobre tais pagamentos constar em item específico da prestação de contas. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 2º Os recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e demais ajustes que envolvam recursos públicos gerenciados pelas fundações de apoio deverão ser mantidos em contas específicas abertas para cada projeto. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 3º As fundações de apoio deverão garantir o controle contábil específico dos recursos aportados e utilizados em cada projeto, de forma a garantir o ressarcimento às IFES, previsto no art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)"

98. Para além dessas ponderações, vale sempre relembrar a importância do conceito de contrato estabelecido no art. 2º, *parágrafo único*, da Lei nº 8.666/93, sendo que o ponto fundamental em tal conceituação é a existência de reciprocidade de obrigações entre as partes do negócio, o que casa integralmente com a situação verificada no relacionamento entre IFES e fundações de apoio. Afinal, o interesse da IFES é o de desenvolver/executar o projeto, sendo que o interesse da fundação de apoio é o de prestar um serviço de gestão administrativa e financeira do projeto, não havendo, portanto, a convergência de interesses própria exigida para o convênio.

III - Da conclusão

99. Ante o exposto, conclui essa Câmara Permanente de Matérias de Interesse das Instituições Federais de Ensino - CPIFES, que as atividades das fundações de apoio, em qualquer circunstância, resumem-se à gestão administrativa e financeira dos projetos das IFES, bem como que o instrumento negocial adequado para instrumentalizar a relação entre IFES e fundação de apoio, em se tratando de negócios que envolvam apenas a IFES e a fundação de apoio, é o contrato. E para as situações em que se firmam negócios jurídicos tripartites (IFES, terceiro e fundação de apoio), por se tratar de recurso captado na iniciativa privada, o instrumento é definido a partir das tratativas havidas entre a IFES e o terceiro com base na legislação vigente, uma vez que o concedente/contratante, no caso, é um ente privado, não cabendo a regulação inflexível por parte do Estado.

100. É o parecer.

Brasília, 25 de janeiro de 2021.

JEZIHEL PENA LIMA
Relator
Procurador Federal

NÁDIA GOMES SARMENTO
Procuradora Federal

LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA
Procuradora Federal

JULIANA GOMES CAMPELO DE MATOS BRAZ
Procuradora Federal

KARINA BRANDÃO REZENDE OLIVEIRA
Procuradora Federal

ROBERTO VILAS-BOAS MONTE
Procurador Federal

CARLOS HENRIQUE BENEDITO NITÃO LOUREIRO
Procurador Federal

PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE
Procurador Federal

TARCÍSIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO
Procurador Federal

Documento assinado eletronicamente por PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 565534033 e chave de acesso b2dd2ab5 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE. Data e Hora: 25-01-2021 11:31. Número de Série: 13950558. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ROBERTO VILAS BOAS MONTE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 565534033 e chave de acesso b2dd2ab5 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): ROBERTO VILAS BOAS MONTE. Data e Hora: 25-01-2021 11:31. Número de Série: 2586285493033069007952085424. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por CARLOS HENRIQUE BENEDITO NITAO LOUREIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 565534033 e chave de acesso b2dd2ab5 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): CARLOS HENRIQUE BENEDITO NITAO LOUREIRO. Data e Hora: 25-01-2021 11:32. Número de Série: 140532656912320913139068517746291638613. Emissor: AC OAB G3.

Documento assinado eletronicamente por LECTICIA MARILIA CABRAL DE ALCANTARA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 565534033 e chave de acesso b2dd2ab5 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): LECTICIA MARILIA CABRAL DE ALCANTARA. Data e Hora: 25-01-2021 11:31. Número de Série: 9111082907646587215377189021. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por JEZIHEL PENA LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 565534033 e chave de acesso b2dd2ab5 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): JEZIHEL PENA LIMA. Data e Hora: 25-01-2021 11:31. Número de Série: 3731832497100608555733272307540393189. Emissor: AC Certisign RFB G5.